

## EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

DIANA DÍAZ MONTIEL

### Sumario

- I. Introducción
- II. Planteamiento del problema
- III. La protección del derecho a la libertad religiosa en el derecho internacional de los derechos humanos
- IV. El derecho a la libertad religiosa como un caso posible de exclusión legal o jurídica
- V. Una propuesta de inclusión de niñas y niños en su ámbito religioso
- VI. El derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes en casos jurisdiccionales ¿Ejemplos de exclusión jurídica o legal?
- VII. A modo de reflexión
- VIII. Bibliografía

### I. INTRODUCCIÓN

Algunos derechos protegen libertades de elección, es decir la autonomía para decidir con quién asociarse, por quién votar, las creencias que se adopten y manifiesten, etcétera. Esta premisa dificulta su aplicación para aquellos titulares que no tienen esta autonomía. El derecho a la libertad religiosa plantea esta situación, pues es considerado como un derecho del cual toda persona es titular desde el momento en que nace. Sin embargo, su ejercicio se ha reservado para las personas mayores de edad. El argumento para ello es que con la edad se desarrollan las capacidades que permiten tomar una decisión y valorar las consecuencias de adoptar y manifestar alguna religión o creencia, en lugar de únicamente imitar actos religiosos.

Esta postura se encuentra ampliamente difundida, y bajo este razonamiento, niñas, niños y adolescentes han sido excluidos de las decisiones

que los involucran sobre la adopción de una religión o creencias y sobre sus manifestaciones, como cultos, ritos, prácticas y enseñanzas. Esto ha sido poco cuestionado. ¿Acaso esta exclusión se encuentra justificada, y por tanto niñas niños y adolescentes no pueden participar de las decisiones religiosas en su vida? O bien, ¿cómo podrían participar de estas decisiones a partir de sus propias características de personas en desarrollo? El presente trabajo busca ahondar en estas interrogantes.

Estas preguntas se abordarán contrastando el objeto de protección del derecho a la libertad religiosa en el derecho internacional de los derechos humanos, concretamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño. En esta regulación es palpable el cambio de la tutela de preferencias religiosas y sus manifestaciones, a un derecho que requiere guía para su ejercicio en el caso de niñas y niños.

A partir de ello, se señala cómo el derecho a la libertad religiosa tiene como premisa la autonomía de la persona, es decir, la facultad de tomar decisiones previendo sus consecuencias. Por tanto, quienes carecen de ésta quedan fuera de la protección que este derecho otorga. De esta manera se genera una exclusión legal o jurídica para estos titulares de derechos que en razón de ser personas en desarrollo no pueden acceder al ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Sin embargo, ¿este argumento justifica reconocer el derecho a la libertad religiosa de niñas y niños sin que puedan ejercerlo? O bien, ¿pueden ejercer este derecho no a partir de una autonomía plena, sino desde sus propias características?

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A lo largo de la niñez, las personas menores de edad se ven inmersas en diversos fenómenos relacionados con creencias religiosas, como su propia formación religiosa o moral, la adopción de creencias y prácticas de su entorno familiar y social, por ejemplo las prácticas de sus compañeros de clase que pueden ser distintas a las propias.

Un caso hipotético es un salón de clases de un kínder donde se acostumbre celebrar el cumpleaños de los alumnos con un pastel y un convivio; uno de los alumnos puede ser testigo de Jehová y por tanto no puede festejar ni su cumpleaños ni participar en las celebraciones de sus com-

pañeros de clase debido a sus creencias religiosas. Todos los compañeros deben decidir qué hacer cuando su compañero testigo de Jehová se aísla en los festejos y el día de su cumpleaños. En esta situación hay decisiones que los niños deben tomar: ¿lo invito a mi pastel?, ¿le doy una bolsita de dulces como a todos?, ¿lo felicito el día de su cumpleaños?, ¿le cantamos las mañanitas o el feliz cumpleaños? También el niño testigo de Jehová puede reflexionar sobre ¿por qué no puedo ir al pastel y convivir con mis compañeros?, ¿por qué debo permanecer aislado mientras los demás festejan?, ¿por qué a mí no me pueden celebrar mi cumpleaños como a los demás?

Ésta no es la única situación posible; las niñas y niños pueden preguntarse sobre la celebración de ritos, prácticas y sobre la enseñanza en general, ya sea la que reciben o bien la que observan en la familia y la sociedad en la que se encuentran inmersos. De igual manera puede ser que haya conflictos de intereses más complejos entre los niños y sus padres, o bien entre ambos padres y los hijos. Estos escenarios se encuentran latentes en todas las relaciones padres-hijos.

El derecho internacional de los derechos humanos a través del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño establece los derechos de padres e hijos en estas situaciones. Como todos los derechos, éstos pueden entrar en colisión. En estos casos es necesario ponderarlos e interpretarlos conforme a las herramientas que el mismo corpus jurídico internacional prevé con la finalidad de garantizarlos plenamente.

Algunos casos sobre estos conflictos que se han resuelto mediante la vía jurisdiccional han surgido de situaciones relativas a la guarda y custodia y al calendario de visitas de los padres con sus hijos tras el divorcio o separación de los padres. Cuando un matrimonio o una pareja con hijos se separa, surge la necesidad de establecer con quién vivirán los hijos (guarda y custodia) y el régimen de visitas y convivencias (días en los que el padre o la madre que no vive con los hijos convive con ellos).

Un tema que puede considerarse para tomar esta decisión es la formación religiosa o la adopción de creencias que los padres quieran que sus hijos tengan. Cuando los padres se separan, se visibilizan múltiples desacuerdos sobre la crianza de los hijos. Uno de éstos puede ser justamente la formación religiosa o la adopción de creencias de los hijos. Por ejemplo, que la madre desee que sus hijos reciban educación judía y el

padre quiera orientarlos a formarse en la religión católica. Dado que algunos padres consideran que la convivencia facilita la guía religiosa de la adopción de creencias, en algunos casos jurisdiccionales este tema ha sido relevante en las decisiones sobre guarda y custodia y el régimen de visitas y convivencias.

Las situaciones descritas invitan a reflexionar sobre la esfera religiosa de niñas, niños y adolescentes, es decir, la adopción de alguna religión o creencias y sus manifestaciones, mediante el culto, ritos, prácticas y enseñanza. Si bien ambos padres tienen el derecho de guiar este ámbito de sus hijos, ¿es únicamente una decisión de los padres, o en su caso tutores?, o bien ¿niñas, niños y adolescentes pueden participar de estas decisiones? En ocasiones, esto se ha entendido como algo que no amerita mayor reflexión. Sin embargo, estos casos permiten analizar la titularidad y particularmente el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes. ¿Cuáles son los derechos de los padres?, y ¿cuáles los de niñas, niños y adolescentes?, ¿cómo interactúan estos dos derechos? Y ¿si niñas y niños se encuentran incluidos dentro de las decisiones de índole religiosa?

En el derecho internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 18, establece que toda persona goza del derecho a la libertad religiosa pero parte de la premisa de la elección de tener o adoptar alguna religión o creencias y manifestarlas. Posteriormente, en 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño otorga la titularidad de este derecho a niñas y niños, y señala el derecho de los padres o tutores de guiar su ejercicio. Ambos tratados internacionales reconocen derechos para padres e hijos relacionados con la esfera religiosa de niñas, niños y adolescentes que pueden entrar en conflicto. ¿Cómo podrían aplicarse estos tratados internacionales de manera incluyente y participativa para niñas, niños y adolescentes?

## 1. SOBRE EL PROBLEMA QUE PLANTEA EL CONTRASTE ENTRE LOS DERECHOS DE ADULTOS Y DE NIÑAS Y NIÑOS

Los derechos de niñas, niños y adolescentes pueden plantear algunas interrogantes interesantes, principalmente en aquellos derechos que se basan en la autonomía de la persona, es decir, cuando un derecho protege la

libertad de elección. ¿Qué pasa cuando el titular de este derecho aún se encuentra en desarrollo y por tanto su criterio está en formación?

¿Todos los derechos son iguales para adultos y para niñas y niños? Algunos autores consideran que no. Joel Feinberg los divide en tres grupos: el primero consiste en aquellos derechos que son aplicables a adultos y niñas y niños (A-N); el segundo incluye únicamente a adultos (A), y el tercero a niñas y niños (N).<sup>1</sup>

El primer grupo integra a los derechos que son comunes tanto a los adultos como a niñas y niños,<sup>2</sup> por ejemplo el derecho a la salud (A-N).

Hay otros derechos que son exclusivos de los adultos (A), que son derechos de autonomía y protegen libertades de elección, como el derecho al voto (pasivo y activo).

También hay derechos que son característicos de niñas y niños (N) y se pueden dividir en dos: los primeros derivan de la dependencia de estos titulares de derechos para cubrir ciertas necesidades como alimentación y refugio (estos derechos los comparten con incapaces), y el segundo subgrupo se refiere a los mismos derechos de los adultos (A), sólo que en el caso de niñas y niños, ellos no pueden tomar esta elección, pues están en desarrollo. Feinberg se refiere a ellos como *derechos en confianza*, y considera que cuando se atribuyen derechos de una autonomía sofisticada a niñas y niños, que claramente aún no son capaces de ejercer, éstos deben ser guardados hasta que se adquiera la mayoría de edad y en consecuencia hayan desarrollado esta autonomía.<sup>3</sup>

En esta clasificación, este último subgrupo contempla derechos que garantizan la posibilidad de que en el futuro, cuando niñas y niños sean adultos, puedan ejercer estos derechos. Sin embargo, mientras se encuentran en desarrollo no se visibiliza su ejercicio. Así, ser titular de estos derechos únicamente protege su futuro ejercicio. ¿Qué pasa mientras la niña o niño se convierte en adulto si no se contempla ningún ejercicio? ¿Se trata entonces de una titularidad vacía hasta alcanzar la adultez?

---

<sup>1</sup> Feinberg, Joel, "The Child's Right to an Open Future", en Alston, Philip et al. (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992, p. 76.

<sup>2</sup> Para efectos del presente trabajo las niñas y niños se refieren a las personas menores de dieciocho años conforme al artículo 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

<sup>3</sup> Feinberg, Joel, *op. cit.*, nota 1, p. 76.

## 2. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO UN DERECHO CARACTERÍSTICO DE LOS ADULTOS, BASADO EN LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA

Dentro de los derechos característicos de los adultos (A), el filósofo norteamericano ejemplifica estos derechos con el libre ejercicio de la religión de la persona, que presupone que ésta tiene convicciones religiosas o preferencias en primer lugar. Adicionalmente, para este autor, cuando este derecho se aplica a niñas y niños tiene el efecto de salvaguardar su ejercicio en el futuro a partir de la adquisición de la mayoría de edad en razón de encontrarse en desarrollo. Cuando los padres eligen llevar a su hijo a alguna observancia religiosa están ejerciendo sus derechos religiosos, no (o no por el momento) los de la niña o niño.<sup>4</sup>

El derecho a la libertad religiosa “se ha configurado siempre, primordialmente, como un derecho de la persona”.<sup>5</sup> Si bien algunos doctrinarios han considerado que toda persona es titular de este derecho desde su nacimiento, limitan el ejercicio de este derecho al desarrollo de un *nivel de autoconciencia* que permita una decisión libre al respecto. Si bien no queda claro qué se entiende por decisión libre ni por nivel de autoconciencia, esta postura afirma la falta de aplicabilidad de este derecho a lo largo de la niñez. Por lo que excluye a niñas y niños de todas las decisiones relacionadas con este tema.

El derecho a la libertad religiosa ejemplifica la diferencia entre el ejercicio de algunos derechos entre adultos y niñas y niños. Así permite abordar el problema de si los derechos basados en la autonomía tienen o deben tener alguna aplicación a lo largo de la niñez. Es decir, ¿la titularidad de estos derechos de las personas menores de edad debe y puede ejercerse, a partir de sus propias características de personas en desarrollo, antes de alcanzar la mayoría de edad? O como sugiere Feinberg, ¿el único efecto de que niñas y niños sean titulares de derechos es garantizar que al cumplir esta edad puedan ejercerlos?

Si bien niñas y niños están en desarrollo, se encuentran inmersos en una sociedad donde se dan fenómenos religiosos que los pueden involucrar, como la formación religiosa, las manifestaciones de distintas confesiones, los ritos, etcétera. Si se considera que niñas y niños no ejercen su

---

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> Mantecón, Joaquín, “La libertad religiosa como derecho humano”, *Tratado de Derecho Eclesiástico*, España, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 1994, p. 123.

derecho a la libertad religiosa hasta alcanzar la adultez, sin que participen de alguna manera, desde sus propias características, se les excluye de diversas decisiones que los involucran y concederles la titularidad del derecho a la libertad religiosa no tiene ningún sentido siendo niños.

Estos planteamientos en la doctrina sostienen la titularidad del derecho a la libertad religiosa en la niñez; sin embargo, reservan y protegen su ejercicio hasta la adultez sin preguntarse qué sucede con las decisiones que involucran a niñas y niños en fenómenos religiosos como la formación religiosa, la convivencia con compañeros de escuela de distintas creencias y la práctica de rituales, entre otros.

Adicionalmente, este derecho se basa en la autonomía y en la posibilidad de tener preferencias y elegir respecto a las creencias que se adopten y manifiesten. Por lo que la única forma de ejercicio es a partir de esta autonomía, dejando fuera de éste a personas que no la tengan.

### **III. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Los cuestionamientos en la doctrina visibilizan un problema de accesibilidad de las personas menores de edad al derecho a la libertad religiosa. Por su parte, el derecho internacional de los derechos humanos, como *corpus iuris*, ha regulado los derechos relacionados con la situación planteada. Los tratados internacionales que se refieren a estos derechos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

#### **1. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) reconoce el derecho a la libertad religiosa en los siguientes términos:

##### **Artículo 18**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto

en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

En el primer párrafo, este artículo establece las conductas protegidas por este derecho: tener o adoptar una religión o creencias conforme a su elección y manifestarlas tanto de manera pública como privada mediante el culto, la celebración de ritos, prácticas y la enseñanza.<sup>6</sup>

El párrafo 4 del artículo 18 impone a los Estados parte la obligación de respetar la *libertad de los padres* para garantizar que sus hijos reciban la educación religiosa y moral acorde a las convicciones de los padres.

El PIDCP establece como titular del derecho a la libertad religiosa a toda persona sin distinción alguna. Asimismo, reconoce el derecho de los padres de formar a sus hijos, religiosa y moralmente, conforme a sus convicciones, de manera que concede la facultad de tomar este tipo de decisiones a los padres. Así, respecto de la formación y educación religiosa de niñas y niños se establece que son los padres quienes pueden decidir. Sin embargo, ello no implica que este artículo pueda interpretarse de manera restrictiva, pues en ningún momento el artículo es limitativo respecto del reconocimiento de derechos. De manera que este artículo establece dos derechos: el de los hijos como titulares del derecho a la libertad religiosa y el de los padres de formar a sus hijos conforme a sus propias convicciones religiosas y morales.

---

<sup>6</sup> Cabe destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el derecho a la libertad religiosa también protege intentar convencer a otras personas a que cambien de religión, pues ello garantiza la posibilidad de cambiar o adoptar otra religión o creencia. Véase Caso *Kokkinakis c. Grecia*, Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 25 de mayo de 1993, párrafo 31.

Los tratados internacionales son generales y el derecho internacional de los derechos humanos se interpreta de manera amplia y garantista de los derechos humanos; la forma en que se aplica a niñas y niños no es del todo clara. El PIDCP protege las conductas de tener o adoptar una religión o creencias conforme a su elección y manifestarlas tanto de manera pública como privada mediante el culto, la celebración de ritos, prácticas y la enseñanza. Así establece la tutela de conductas que expresan decisiones. Como contraste, la enseñanza religiosa y moral de los hijos se establece como un derecho de los padres. Si bien los derechos de los padres no anulan el derecho de niñas y niños, tenemos dos derechos en juego: el derecho de niñas y niños a la libertad religiosa, y el derecho de los padres de formar a sus hijos religiosa y moralmente conforme a sus convicciones.

Por otra parte, dado que las conductas que tutela el derecho a la libertad religiosa en el PIDCP se basan en la elección de la persona, resulta poco claro el objeto de protección de este derecho para niñas y niños. ¿Puede ser el mismo que el de los adultos? Lopatka argumenta que el mencionado artículo

...dice que los Estados parte del Pacto se deben comprometer a hacer respetar la libertad de los padres y, cuando sea aplicable, de los custodios legales para asegurar la educación religiosa y moral de sus hijos conforme a sus propias convicciones. El mismo artículo, como podemos ver, especifica que todos deben tener esta libertad, pero al mismo tiempo dice que esto no se aplica a niñas y niños, pues deja la decisión —a la religión y moralidad en la que el niño se desenvolverá— a los padres.<sup>7</sup>

En opinión de Adam Lopatka, las conductas protegidas en el Pacto por este derecho no son aplicables a niños y adolescentes, pues concede la facultad de decidir sobre la religión y la moralidad de niñas, niños y adolescentes, a los padres o tutores.

En sentido contrario, Sylvie Langlaude establece que la interpretación de Lopatka parece estar equivocada.<sup>8</sup> “El artículo 18 aplica a todos y el artículo 18 (4) simplemente significa que los padres tienen derechos fren-

<sup>7</sup> Lopatka, Adam, “Appropriate Direction and Guidance in the Exercise by a Child of the Rights to Freedom of Expression, thought, Conscience and Religion”, en Verhellen, Eugene (ed.), *Monitoring Children’s Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 289.

<sup>8</sup> Langlaude, Sylvie, *The Right of the Child to Religious Freedom in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 91.

te al Estado, el cual no puede interferir con su decisión discrecional y en la forma en como decidan asegurar la educación moral y religiosa de sus hijos en conformidad con sus propias convicciones”.<sup>9</sup> De esta manera, Langlaude interpreta que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos no restringe los derechos de niñas y niños, sino que reconoce el derecho de los padres frente al cual el Estado no puede oponerse.

Si bien el PIDCP, como tratado de derechos humanos inmerso en un cuerpo de documentos en la materia, no puede interpretarse de manera limitativa, sí deja una interrogante sobre la manera en que niñas y niños participan en las decisiones de su ámbito religioso. Si bien la titularidad se establece para toda persona, ¿cómo se integran las niñas y niños a estas decisiones, cuando este artículo protege conductas que expresan una preferencia?

Como se ha señalado, este derecho protege la posibilidad de tener o adoptar una religión o creencias y manifestarlas conforme a una decisión. Cuándo el titular de este derecho es una niña o niño, ¿pueden tutelarse estas conductas de la misma manera? Es decir, ¿un niño podría elegir adoptar una religión y manifestarla mediante cultos, ritos, prácticas y enseñanzas? Cabe destacar que niñas y niños tienen una característica propia que los diferencia de los adultos, y es que se encuentran en desarrollo, el cual aumenta progresivamente. Por lo que su pensamiento madura con el tiempo. Así, estamos ante un sujeto de derechos cuyas capacidades se encuentran en evolución y cuyas habilidades cognitivas son distintas a las de los adultos. De manera que las decisiones respecto a la adopción y manifestación de creencias entre un adulto y niñas y niños representan una comprensión distinta sobre las consecuencias de éstas.

## 2. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA PARA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) ha sido considerada como un instrumento emblemático para los derechos de niñas, niños y adolescentes, más allá de un carácter estrictamente jurídico. Ello se debe a que la CDN marca un cambio radical de considerar al “menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto

---

<sup>9</sup> *Idem.*

pleno de derechos”.<sup>10</sup> Este cambio de perspectiva que marca la aprobación y ratificación de la Convención implica el reconocimiento de los derechos del niño, entendiendo al niño como un sujeto pleno de derechos.

La Convención reconoce el derecho a las libertades de pensamiento, conciencia y religión a niñas y niños<sup>11</sup> de la siguiente manera:

#### Artículo 14

1. Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Este instrumento concede la titularidad del derecho a la libertad religiosa a niñas, niños y adolescentes y reconoce el derecho y deber de los padres o representantes legales de *guiar*<sup>12</sup> el ejercicio de este derecho conforme a la evolución de las facultades de sus hijos.

### 3. DIFERENCIAS ENTRE LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El PIDCP también establece dos derechos, a saber: el derecho a la libertad religiosa de toda persona y los derechos de los padres de garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

---

<sup>10</sup> García Méndez, Emilio, *Infancia y adolescencia, de los derechos y la justicia*, 3a. ed., México, Fontamara, p. 77.

<sup>11</sup> En términos de la Convención sobre los Derechos del Niño, niño es quien aún no tiene 18 años, o bien que alcanza la mayoría de edad por virtud de una ley aplicable (artículo 1o.). La Convención no hace la distinción entre niños y adolescentes.

<sup>12</sup> Las versiones originales de la CDN en español y francés hablan de una *guía*, sin embargo la versión original en inglés usa el verbo *dirección*.

Por su parte, la CDN establece dos derechos: el derecho a la libertad religiosa de niñas y niños, y el derecho de los padres y representantes legales de guiar este derecho.

De esta manera, hay un cambio significativo en el derecho de los padres sobre la formación religiosa o moral de los hijos del PIDCP a la CDN. Si bien ambos reconocen el derecho de niñas y niños a la libertad religiosa, en el primero se da un derecho muy amplio a los padres y tutores (de formar religiosa y moralmente a sus hijos conforme a sus convicciones), y la CDN únicamente les da el derecho de guiar el ejercicio de sus hijos. Así se modifica el derecho de los padres de formar a sus hijos conforme a sus convicciones morales y religiosas a únicamente guiar el ejercicio del derecho de niñas y niños. ¿Qué impacto tiene esto en los derechos de niñas y niños? En el primer caso se visibiliza el derecho de decidir sobre la formación religiosa y moral de sus hijos, mientras que la convención limita el derecho de los padres de una facultad plena a únicamente guiar el ejercicio del derecho de la persona menor de edad; es decir, hay un cambio de decidir a proveer dirección conforme a la evolución de niñas y niños.

El reconocimiento del derecho a la libertad religiosa para niñas y niños en la CDN “es un paso extraordinario al respeto de la personalidad del niño..., pues los padres al proveer dirección tienen una obligación de respetar las capacidades en evolución del niño”.<sup>13</sup> Así, este tratado internacional, vinculante para México, establece que la dirección que den los padres debe ser conforme a las capacidades en evolución de niñas y niños y no sólo de manera discrecional conforme a sus convicciones.

Sobre este punto, Lopatka señala que la Convención “establece *expressis verbis* que el derecho es aplicable también al niño. Es una novedad, ciertamente, que marca gran progreso. Al mismo tiempo, sin embargo, la Convención establece claros límites al rango de aplicabilidad del derecho a un niño”. También aclara la relación que se da entre la titularidad del derecho de los hijos y el derecho de los padres de guiar estos derechos; mediante la guía de los padres se da un papel persuasivo al rol que desempeñan padres o representantes legales.<sup>14</sup>

La CDN da un paso hacia adelante para los derechos de niñas, niños y adolescentes y limita los derechos de los padres a la guía del ejercicio

<sup>13</sup> Lopatka, Adam, *op. cit.*, nota 15, p. 291.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 290.

del derecho de los hijos. También plantea situaciones donde confluyen dos derechos: un derecho que corresponde al niño, y otro a los padres o representantes legales. Ambos conviven cotidianamente y no tienen jerarquía, sino que como todo derecho que puede llegar a entrar en conflicto con otros derechos, se encuentra sujeto a su ponderación ante casos concretos.

#### 4. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL PIDCP Y EN LA CDN

Ahora bien, ¿qué protege el derecho a la libertad religiosa de niñas y niños en la CDN? El PIDCP protege las conductas concretas de tener o adoptar una religión o creencias conforme a su elección y manifestarlas mediante el culto, la celebración de ritos, prácticas y mediante la enseñanza. En contraste, “el derecho del niño a la libertad religiosa es el derecho de todo niño de desarrollarse sin obstáculos para ser un actor autónomo independiente en la matriz de los padres, la comunidad religiosa y la sociedad”.<sup>15</sup> De esta manera, hay un cambio entre la tutela de conductas producto de una decisión y el desarrollo autónomo en su entorno. La CDN no regula el derecho a la libertad religiosa de niñas y niños mediante las conductas especificadas en el PIDCP ni establece de manera expresa que el niño tenga el derecho a decidir sobre estas conductas; por el contrario, indica que el ejercicio del derecho del niño requiere de una guía (ya sea de los padres o representantes legales).

Así, la protección del derecho a la libertad religiosa tiene diferencias en el PIDCP y en la CDN. La primera de ellas consiste en que el PIDCP protege la conducta de tener o adoptar una religión o creencias conforme a la propia elección y las manifestaciones que deriven de esta decisión; en cambio, la CDN, al señalar que niñas y niños tienen el derecho a la libertad religiosa, no enumera las conductas que protege, sino más bien tutela un estado de desarrollo autónomo en la matriz de la familia y de la sociedad sobre este tema. La segunda diferencia es que el PIDCP parte del supuesto de que la persona tiene preferencias y ha decidido adoptar y manifestar ciertas creencias; por el contrario, en la CDN claramente se

---

<sup>15</sup> *Idem.*

señala que los hijos, titulares del derecho, requieren de guía para el ejercicio del derecho.

Con estos elementos se observa que el derecho a la libertad religiosa tiene contenidos distintos en el caso de los adultos con respecto al caso de niñas y niños. ¿Es el mismo derecho?

El derecho a la libertad religiosa de las personas menores de edad implica desarrollar la libertad religiosa conforme a la evolución de las capacidades de niñas y niños, de manera participativa y muy vinculado al derecho a ser escuchado establecido en el artículo 12 de la Convención,<sup>16</sup> y con la evolución de sus facultades reconocida en el artículo 5o. de este instrumento del derecho internacional de los derechos humanos.

#### 5. ALGUNAS SITUACIONES DE COLISIÓN ENTRE LOS DERECHOS DE LOS PADRES Y DE LOS HIJOS EN EL ÁMBITO RELIGIOSO DE NIÑAS Y NIÑOS

Como se ha mencionado, en las decisiones relacionadas con la adopción de alguna religión o creencias y sus manifestaciones por parte de niñas, niños y adolescentes hay dos derechos: de los hijos y de los padres. Estas situaciones de colisión de derechos pueden agruparse de la siguiente manera:

##### *A. Conflictos entre los intereses de la madre y el padre*

Este supuesto se da cuando el padre tiene intereses distintos a los de la madre de la persona menor de edad sobre la adopción de una religión o creencias del hijo, o bien sobre las manifestaciones que éste llevará a cabo como actividades de culto, celebración de ritos, de prácticas y respecto a la enseñanza sobre este tema. En estos casos hay tres derechos: el derecho de la niña o niño a la libertad religiosa; el derecho del padre de guiar el ejercicio de su hijo, y el de la madre en el mismo sentido que el de este último.

<sup>16</sup> El artículo 12 de la Convención señala:

“1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

### *B. Conflictos entre los intereses de los padres y los hijos*

En esta hipótesis el conflicto de intereses se da entre los deseos de los padres y el de la hija o hijo, es decir, las personas menores de edad desean adoptar alguna religión o creencias, o bien manifestarse mediante alguna actividad de culto, celebrar algún rito, práctica o estudiar alguna enseñanza relacionada con dicha religión o creencias, distinta a la voluntad de los padres. En este supuesto también se presentan los tres derechos mencionados en el inciso anterior, sólo que los intereses se agrupan de manera distinta.

### *C. Conflictos de intereses entre el padre, la madre y el hijo*

En este caso también se encuentran los tres derechos ya enunciados, sólo que los intereses del padre, la madre y el hijo no coinciden en dos titulares de derechos. Por ejemplo, que la madre quiera guiar a su hijo o hija en la religión católica, el padre en la religión judía y el hijo quisiera practicar algunos ritos musulmanes.

### *D. Conflictos de intereses entre los padres e hijos frente al Estado*

En este caso no hay conflicto entre los intereses de los padres y de los hijos, sino que éstos son distintos a las disposiciones del Estado. Por ejemplo, cuando padres e hijos quieren portar alguna vestimenta distintiva de alguna religión conforme a sus creencias en colegios del Estado y esto se encuentre prohibido por alguna ley o reglamento.

## **IV. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA COMO UN CASO POSIBLE DE EXCLUSIÓN LEGAL O JURÍDICA**

La exclusión jurídica o legal se refiere a una vinculación parcial o deficiente de la persona con los mecanismos institucionales para garantizar un derecho, y ello inhibe su participación. Las niñas y niños, en razón de que se encuentran en desarrollo y por tanto cuentan con una autonomía progresiva, no pueden ejercer de igual manera que las personas mayores de edad el

derecho a la libertad religiosa. Incluso se ha considerado, como mencionaba Feinberg, que este derecho se guarda hasta que niñas y niños adquieran la mayoría de edad. De manera que reconocer que las personas menores de edad son titulares del derecho únicamente salvaguarda un ejercicio futuro, dejando vacío este derecho en el presente. Por lo que este sujeto pleno de derechos no se vincula de manera alguna ni participa de todas las decisiones relacionadas con la adopción de una religión o creencia o simplemente con manifestaciones de culto, celebración de rituales, de prácticas y enseñanza. Cuando se da esta situación, niñas y niños se encuentran excluidos de todas estas situaciones que integran su esfera religiosa.

Para evitar esta exclusión es necesario que niñas y niños participen conforme a sus capacidades en todas estas decisiones. De lo contrario se excluye a niñas y niños en su esfera religiosa, y al no ejercer el derecho hay una titularidad vacía sin efecto alguno.

La CDN permite que niñas y niños sean entendidos como un sujeto pleno de derechos y no como un objeto de protección del derecho; sin embargo, en el caso del derecho a la libertad religiosa, el mero reconocimiento de la titularidad no logra incluir a niñas, niños y adolescentes en las decisiones relacionadas con tener o adoptar una religión o creencias conforme a su elección, y manifestarlas mediante el culto, la celebración de ritos, prácticas y enseñanza.

En tanto que niñas y niños no participen, a partir de sus propias características, en estas decisiones continuarán siendo excluidos de este ámbito. Ello debido a que si bien se otorga a los padres y tutores la facultad de guiar y orientar el derecho de los hijos, no se delinea una forma de ejercicio del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes, y por tanto la manera en que niñas y niños participan en estas decisiones. Por lo que se da un derecho del cual se es titular pleno, pero que no tiene una forma de ejercicio clara, generándose así un fenómeno de exclusión legal.<sup>17</sup>

El mero reconocimiento de la titularidad del derecho a la libertad religiosa en el caso de niñas, niños y adolescentes no permite por sí mismo incluirlos en las decisiones sobre la adopción de una religión o creencias. Aún más, no es identificable cómo se ejerce este derecho.

---

<sup>17</sup> Padrón Inamnorato, Mauricio, "Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes", incluido en este volumen.

El concepto de exclusión es un punto que permite determinar quién está incluido en una diversidad de situaciones, como familia, educación, pertenencia comunitaria, etcétera.<sup>18</sup> Sin embargo, en el caso concreto del derecho a la libertad religiosa, niñas y niños se encuentran excluidos de la esfera religiosa sin que por ello se les excluya de otros derechos u otras esferas.

## V. UNA PROPUESTA DE INCLUSIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS EN SU ÁMBITO RELIGIOSO

Tradicionalmente el derecho a la libertad religiosa parte de la base de la autonomía para decidir sobre la adopción de alguna religión o las creencias que se quieran tener y manifestar. Por el contrario, en el caso de niñas y niños este derecho protege el desarrollo de estas creencias de manera autónoma en la matriz de la sociedad y de la familia. Así, cuando el titular es un adulto este derecho tutela conductas específicas, mientras que en el caso de niñas y niños protege un estado que permita el desarrollo en el ámbito religioso. Esto tiene un impacto directo sobre la forma de ejercicio y de garantía de este derecho. Las niñas y niños pueden ejercer su derecho a la libertad religiosa a partir de sus propias características conforme a sus capacidades en desarrollo. Esto no implica concederles necesariamente el mismo grado de autonomía que un adulto ni anular los derechos de los padres. Por el contrario, conlleva que las personas menores de edad expresen su opinión en todas las decisiones relacionadas con la adopción y manifestación de alguna religión o creencias que los involucren, y que su participación sea valorada y tomada en cuenta en función de su madurez. Por lo que la opinión de niñas y niños no necesariamente decide la situación, sino que los involucra en la toma de las decisiones.

### 1. EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA

Si bien niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos y por tanto titulares de derechos, hay una paradoja sobre su ejercicio, pues al no

---

<sup>18</sup> Minujin, Alberto, “Vulnerabilidad y exclusión en América Latina”, en Bustelo, Eduardo y Minujin, Alberto (eds.), *Todos entran, propuesta para sociedades incluyentes*, Buenos Aires, UNICEF-Santillana, 1998, p. 171.

tener autonomía plena, tampoco se les reconoce un ejercicio pleno.<sup>19</sup> Ello encuentra su explicación en las capacidades en desarrollo, característica propia de niñas, niños y adolescentes. Así, se da una titularidad de derechos que no puede ejercerse.

Como se ha mencionado, la CDN marca una nueva concepción de derechos de niñas, niños y adolescentes que cambia el enfoque de niñas y niños como objeto de protección del derecho dada su *incapacidad jurídica*, y los entiende como sujetos plenos de derechos. Ello implica que en lugar de basarse en las carencias que tienen niñas y niños respecto de los adultos, niñas y niños son sujetos de derechos a partir de sus características. “La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica”.<sup>20</sup>

Si bien niñas, niños y adolescentes se encuentran en desarrollo y por tanto carecen de autonomía plena, ello no implica que no puedan participar en las decisiones que les conciernen conforme a sus capacidades.

La CDN establece en el artículo 5o. que el ejercicio de los derechos se dará en consonancia con la evolución de sus facultades de la siguiente manera:

Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Para profundizar en este planteamiento véase Peña, C., “El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos”, en Medina, C. y Mera, J. (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos*, Chile, J. Editores, Universidad Diego Portales, 1996, p. 625.

<sup>20</sup> Cillero Bruñol, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *Revista Infancia. Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Montevideo, núm. 234, 1997, p. 4.

<sup>21</sup> Artículo 5o. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El enfoque de la CDN implica que el grado de ejercicio de los derechos aumentará progresivamente conforme al desarrollo de las capacidades de niñas, niños y adolescentes. “Estamos en consecuencia ante un sujeto de derecho, que en *consonancia con la evolución* de sus facultades, adquiere paulatinamente la capacidad de ejercicio por sí de sus derechos”.<sup>22</sup> El grado de autonomía es relevante para el ejercicio de todos los derechos del niño. Por ello, el artículo 5o. de la CDN es aplicable a todos los artículos de este tratado internacional,<sup>23</sup> incluyendo al artículo 14 que reconoce los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión de las personas menores de edad.

Este concepto implica que las decisiones de los padres con respecto a sus hijos deben tener la finalidad de fomentar su autonomía. Las facultades de los padres no son absolutas, sino, por el contrario, dirigen o guían el ejercicio de la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes.

El principio de protección y promoción de la autonomía tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de sus padres, y se fundamenta en que el niño tiene *derecho* a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía.<sup>24</sup>

La autonomía progresiva reconoce que niñas y niños se encuentran en desarrollo y que con base en éste tienen y adquieren diversas capacidades que les permiten ejercer evolutivamente sus derechos. Por tanto, “en consonancia con la evolución de dichas facultades, se requiere de una dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos; dirección y orientación que va disminuyendo a medida que los niños van adquiriendo mayores competencias, y, por lo tanto, aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, tomando decisiones que afectan a su vida”.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Pérez Manrique, Ricardo C., “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, *Justicia y Derechos del Niño*, Chile, núm. 9, agosto de 2007, p. 253.

<sup>23</sup> Eekelaar, John, “Importance of Thinking that Children Have Rights”, en Alston, Philip et al. (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992, p. 232.

<sup>24</sup> Cillero Bruñol, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *op. cit.*, p. 6.

<sup>25</sup> Liebel, Manfred, “Entre protección y participación”, en Liebel, Manfred y Martínez

El concepto de autonomía progresiva permite entender a niñas, niños y adolescentes como personas que se encuentran en desarrollo y que en virtud de éste pueden ejercer sus derechos en el presente y de manera progresiva, por lo que las formas de ejercicio aumentarán paulatinamente conforme a su propio desarrollo. Ello es relevante porque con este concepto se visibiliza el ejercicio de los derechos de personas menores de edad que aún no cuentan con autonomía plena, pero que son titulares de derechos y que los ejercen progresivamente. Así es tangible cómo niñas y niños ejercen su derecho a la libertad religiosa a partir de sus propias características.

Dado que cada niña, niño y adolescente se desarrolla conforme a su situación concreta, “se necesitan varios niveles de protección, participación y oportunidades, a fin de tomar decisiones autónomamente en los diferentes contextos que los rodean y en los distintos ámbitos de la toma de decisiones”.<sup>26</sup>

## 2. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS

El derecho a ser escuchado protege que el niño forme su propio juicio en los asuntos que le confieran, por lo que el niño debe ser escuchado en todos sus asuntos, y su participación debe ser realmente tomada en cuenta. El Comité de los Derechos de los Niños examina el progreso del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención.<sup>27</sup> También puede emitir observaciones generales para facilitar el cumplimiento de éstas.<sup>28</sup>

La Observación General núm. 12 del Comité se pronuncia sobre el derecho del niño a ser escuchado. Así establece que:

1. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (“la Convención”) es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que,

---

Muñoz, Marta (coords.), *Infancia y derechos humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Perú, Ifejant, 2009, p. 71.

<sup>26</sup> Lansdown, Gerison, *La evolución de las facultades del niño*, Italia, UNICEF, Save the Children, 2005, p. 9.

<sup>27</sup> Artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>28</sup> Artículo 45 (d), *ibidem*.

por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos. En el párrafo 1 se garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. El párrafo 2 afirma, en particular, que debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.<sup>29</sup>

Posteriormente, el Comité también aclara que el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio es un valor fundamental de la Convención, por lo que el Comité encuentra que este derecho es uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, y la consideración primordial del interés superior del niño. Por ello, considera que el artículo 12 no es únicamente un derecho, sino también es una manera de interpretar toda la Convención y así los derechos establecidos por este instrumento.<sup>30</sup>

Conforme a la Observación General núm. 12, el derecho a la libertad religiosa al interpretarse debería incluir la participación de niñas y niños en las decisiones que les atañan dentro de su esfera religiosa, y su participación sería tomada en cuenta para tomar las mencionadas decisiones. Este instrumento establece que la edad no limita el derecho de participación y que niñas y niños se expresarán a partir de su propio lenguaje como los dibujos, el canto y el cuento, etcétera. Así, niñas y niños podrían desarrollar su juicio propio conforme a su edad y madurez. De esta manera, al ser escuchados y tomados realmente en cuenta, niñas y niños estarían incluidos en las decisiones relativas a su esfera religiosa. Ello no desahoga todas las interrogantes, pues el grado de participación de niñas y niños en función de su edad y desarrollo tiene particularidades en cada niño. Por otra parte, en ocasiones los padres no están de acuerdo entre sí en la manera de guiar a su hijo, por lo que esta guía se torna más compleja.

---

<sup>29</sup> Observación General del Comité sobre los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado, párrafo 1.

<sup>30</sup> *Ibidem*, párrafo 2.

## VI. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CASOS JURISDICCIONALES. ¿EJEMPLOS DE EXCLUSIÓN JURÍDICA O LEGAL?

### 1. CASO AKTAS VS. FRANCIA Y CASO LAUTSI Y OTROS VS. ITALIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En 2009, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó el uso del *hiyab* en el caso de las mujeres y del *keski* en el caso de los hombres en escuelas estatales de Francia. El *hiyab* es un velo que cubre la cabeza hasta el cuello, y el *keski* es un turbante que usan los Sikhs. Estas niñas y niños fueron expulsados de los colegios públicos por infringir la legislación francesa de 2004 que prohíbe usar vestimentas o cualquier otro símbolo que manifieste alguna preferencia religiosa.

Los padres de niñas y niños presentaron el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>31</sup> alegando que se había violentado el artículo 9o. del Convenio Europeo que protege los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, entre otros artículos.

La Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró la inadmisibilidad<sup>32</sup> de estas demandas. Este cuerpo colegiado decidió examinar este caso únicamente conforme al artículo 9o. del Convenio por violaciones al derecho a la libertad religiosa. La Cámara de la Corte resolvió que la demanda era improcedente. En su argumentación, este Tribunal estableció que en todos los casos la prohibición del uso de estas prendas con un significado religioso constituye una restricción a la libertad de manifestar sus creencias religiosas. Esta prohibición se encuentra en el artículo L. 141-5-1 del Código de Educación y tiene el propósito legítimo de proteger los derechos y libertades de otros, así como el orden público.

Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) analizó este caso a la luz de los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, no abordó la situación con base en los derechos de las niñas y ni-

---

<sup>31</sup> Esta decisión de la Cámara del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encuentra en la nota de prensa de la Secretaría del Tribunal 584, de fecha 17 de julio de 2009.

<sup>32</sup> La admisibilidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un paso anterior a la resolución de fondo del asunto. Esta determinación se lleva a cabo ante una de las salas del Tribunal, y en este procedimiento se determina si la demanda procede o se desecha. Véase Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009, p. 88.

ños que usaban vestimentas religiosas. Por el contrario, lo analizó a partir del papel del Estado como un organizador neutral del ejercicio de distintas religiones, credos y creencias. Por lo que el tema de los derechos de los niños ni siquiera formó parte de la argumentación de la resolución del TEDH. Adicionalmente, debido a que este caso se declaró inadmisibile, el Tribunal no entró propiamente al fondo del caso.

Posteriormente, en 2011 el TEDH analizó el caso *Lautsi y otros vs. Italia*,<sup>33</sup> referido a la presencia de crucifijos en los salones de clase de las escuelas del Estado italiano a la luz del derecho de los padres de asegurar la formación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. El TEDH estableció que este caso versaba sobre la presencia de los crucifijos en los salones de las escuelas italianas del Estado conforme al artículo 2o. del Protocolo núm. 1 y del artículo 9o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.<sup>34</sup>

Por esta razón, este caso no versa sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes en relación con el derecho a la libertad religiosa, pues la presencia de los crucifijos se analiza a la luz del artículo 2o. del Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Protocolo núm. 1)<sup>35</sup> que establece el *derecho a la educación*.

El Tribunal de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo considera que si bien un crucifijo es un símbolo del cristianismo, también es un símbolo del desarrollo de la historia italiana. Como tal, se justifica su presencia en los salones de clase, pues el crucifijo (entendido como un símbolo del desarrollo de la historia italiana) representa los principios y valores que fundamentan la democracia y la civilización occidental.<sup>36</sup>

Así, nuevamente una argumentación que incorpore la perspectiva de los derechos de niñas y niños es inexistente, por lo que no sólo se les excluye de la decisión sobre la presencia de crucifijos en sus salones de clase, sino que sus derechos quedan inadvertidos en esta sentencia.

<sup>33</sup> Sentencia del 18 de marzo de 2011.

<sup>34</sup> Caso *Lautsi y otros c. Italia* (aplicación núm. 30814/06), sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de marzo de 2011, párrafo 57.

<sup>35</sup> A saber, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales cuenta con 14 protocolos.

<sup>36</sup> Párrafo 67.

## 2. SENTENCIA AL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 502/2007 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo directo en revisión 502/2007, analiza si en la decisión sobre el régimen de visitas y convivencias de una niña de 5 años con su padre puede considerarse el tema religioso. Ello debido a la petición del padre de que se le señalen como días de convivencia los días de festividades y celebraciones judías, para poder inculcarle esta religión a su hija. En esta sentencia, la Primera Sala resuelve que este factor sí puede tomarse en cuenta para determinar las fechas en que la niña convivirá con su padre. Sin embargo, cabe destacar que no determina si la niña es o no titular del derecho a la libertad religiosa. Tampoco garantiza la participación de la niña, pues deja como facultad discrecional del juez llamar o no a la niña a la audiencia donde se decidirá sobre los días en que convivirá con su padre.

En este caso, es palpable cómo la niña queda totalmente fuera de las decisiones sobre su esfera religiosa. Si bien la finalidad del padre es convivir con su hija los días de celebraciones y fiestas judías para poder educar a su hija en esta religión, la niña no participa en ninguna de las decisiones al respecto. En la sentencia se recapitula todo del procedimiento judicial, sin encontrar que la niña participe activamente en el proceso. Finalmente, cuando el caso llega a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante un amparo directo en revisión, este tribunal no señala de forma alguna que la niña deba incluirse en las decisiones sobre su esfera religiosa.

## 3. SENTENCIA 141/2001 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El Tribunal Constitucional español decide justamente lo contrario a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En la sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000, donde también se analiza el régimen de visitas y convivencias de dos niños de 5 y 12 años con su padre, en virtud de que su madre consideraba que las manifestaciones religiosas de la religión a la que el padre se había convertido podían ser dañinas para sus hijos. En esta sentencia, el TCE establece la titularidad del derecho a la libertad religiosa de los niños, el cual es un límite al derecho de los padres. Este derecho

de las personas menores de edad implica la posibilidad de tener creencias religiosas distintas a las de sus padres, más aún cuando su integridad esté en juego. El criterio jurisprudencial es el siguiente:

Desde la perspectiva del artículo 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (artículos 162.1, 322 y 323 CC o el artículo 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann).

En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad (artículos 15 y 16.1 CE en relación con el artículo 39 CE).

Esta sentencia reconoce que niñas y niños tienen el derecho a la libertad religiosa y da un paso más al señalar que el derecho a la libertad religiosa del niño constituye un límite al derecho a la libertad religiosa del padre, señalando que en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, el niño puede

no compartir las convicciones religiosas, o bien que éstas sean distintas a las de sus padres, particularmente cuando las convicciones religiosas de los padres pongan en riesgo el sano desarrollo del niño. Por lo que da contenido al ejercicio del derecho de los hijos. Sin embargo, no establece mecanismos de participación como la plática con el juez para que éste tenga estos elementos para resolver el caso.

#### 4. SENTENCIA 154/2002 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Este criterio se reitera por el Tribunal Constitucional en el caso 154/2002, donde se le reconoce a un niño de 13 años la autonomía para decidir no recibir una transfusión sanguínea (tratamiento único para salvar su vida tras un accidente en bicicleta), en razón de su religión. Debido a que el niño no recibe la transfusión y muere, los padres son juzgados penalmente por homicidio. En esta sentencia del TCE, sobre responsabilidad penal, se garantiza la titularidad del derecho a la libertad religiosa de niñas, niños y adolescentes y precisa que en su ejercicio pueden disentir de las creencias religiosas de sus padres o tutores. Si bien no establece un catálogo largo de las formas de ejercicio de este derecho, sí garantiza su ejercicio. Por ejemplo, reconociendo que el niño de 13 años, al negarse a recibir la transfusión en virtud de sus creencias religiosas, se manifestó en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa. En este caso, el niño estuvo totalmente incluido en su ámbito religioso, pues fue partícipe pleno de la decisión.

### VII. A MODO DE REFLEXIÓN

El derecho a la libertad religiosa tiene como premisa la facultad de la persona de elegir adoptar alguna religión o creencias y manifestarlas. Si bien niñas y niños son titulares de este derecho, no es del todo claro cómo pueden ejercerlo en virtud de que se encuentran en desarrollo y tienen una autonomía progresiva en lugar de una autonomía plena característica de los adultos. Dado que las personas menores de edad carecen de autonomía plena, que implica la posibilidad de prever las consecuencias de sus decisiones, se justifica que el derecho a la libertad religiosa de niñas y niños no proteja las conductas tuteladas para los adultos, a saber: adoptar

una religión o creencias y manifestarlas mediante el culto, la celebración de ritos, prácticas y enseñanzas. Sin embargo, esta ausencia de autonomía no justifica que se les excluya de todas las decisiones sobre su ámbito religioso. Como se ha mencionado, las personas menores de edad se encuentran en desarrollo y sus capacidades evolucionan progresivamente, de manera que pueden participar en estas decisiones conforme a éste. De tal manera que su participación se incrementa proporcionalmente conforme a la evolución de sus facultades. De igual forma, en la medida de este crecimiento, disminuye el ámbito de actuación de los derechos de los padres, hasta dar el paso de la guía del ejercicio del derecho a proporcionar información.

Por otra parte, el contenido del derecho a la libertad religiosa *in genere* parece ser distinto del derecho que concede la Convención sobre los Derechos del Niño, pues en este último caso, el derecho es guiado por padres o representantes legales. Así, este derecho en la Convención ya no protege conductas sino el estado de desarrollo del ámbito religioso de niñas y niños. ¿Por qué dos contenidos distintos para el mismo derecho?, ¿se trata del mismo derecho?, o ¿podría pensarse que más bien, en el caso de las personas menores de edad, se trata del derecho a desarrollar el ámbito religioso?

El derecho examinado en este trabajo se ha construido a partir de las características de los adultos, particularmente de la autonomía plena. De ahí que los sujetos que carecen de ésta no pueden vincularse con éste y los demás derechos que comparten la misma premisa. De ahí la exclusión de niñas y niños en las decisiones relacionadas con la adopción de alguna religión o creencias y de sus manifestaciones a través del culto, celebración de ritos, prácticas y enseñanzas. En éstas, la participación de estos titulares de derechos se ha nulificado y, en todo caso, su ejercicio se ha condicionado a la adquisición de la mayoría de edad. No obstante, como se ha mencionado, esta ausencia de inclusión no se encuentra justificada, pues niñas y niños sí pueden participar de estas decisiones conforme a su autonomía progresiva. Así, si bien su opinión no necesariamente es la única para tomar la decisión, ésta debe ser considerada en serio y ser incluida para la deliberación final. Asimismo, las niñas y niños participan a partir de su propio lenguaje, por ejemplo mediante el cuento, los dibujos, los cantos, etcétera.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, *Revista Infancia. Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Montevideo, núm. 234, 1997.
- EKELAAR, John, “Importance of Thinking that Children Have Rights”, en ALSTON, Philip et al. (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992.
- FEINBERG, Joel, “The Child’s Right to an Open Future”, en ALSTON, Philip et al. (eds.), *Children, Rights, and the Law*, Estados Unidos de América, Oxford, 1992.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia y adolescencia, de los derechos y la justicia*, 3a. ed., México, Fontamara.
- LANGLAUDE, Sylvie, *The Right of the Child to Religious Freedom in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- LANSDOWN, Gerison, *La evolución de las facultades del niño*, Italia, UNICEF, Save the Children, 2005.
- LIEBEL, Manfred, “Entre protección y participación”, en LIEBEL, Manfred y MARTÍNEZ MUÑOZ, Marta (coords.), *Infancia y derechos humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Perú, Ifejant, 2009.
- LOPATKA, Adam, “Appropriate Direction and Guidance in the Exercise by a Child of the Rights to Freedom of Expression, thought, Conscience and Religion”, en VERHELLEN, Eugeen (ed.), *Monitoring Children’s Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- MANTECÓN, Joaquín, “La libertad religiosa como derecho humano”, *Tratado de derecho eclesiástico*, España, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 1994.
- MINUJIN, Alberto, “Vulnerabilidad y exclusión en América Latina”, en BUSTELO, Eduardo y MINUJIN, Alberto (eds.), *Todos entran, propuesta para sociedades incluyentes*, Buenos Aires, UNICEF-Santillana, 1998.
- PEÑA, C., “El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos”, en MEDINA, C. y MERA, J. (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos*, Chile, J. Editores, Universidad Diego Portales, 1996.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, *Justicia y Derechos del Niño*, Chile, núm. 9, agosto de 2007. ●